

Pubblicato il 03/06/2019

N. 03681/2019REG.PROV.COLL.
N. 03346/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3346 del 2019, proposto da Giliola Colombi, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Duchi, Francesco Quirino Cavallaro e Fabrizio Paoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Paoletti in Roma, via Maresciallo Pilsudiski n. 118;

contro

Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaella Bordogna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

nei confronti

Nicoletta Iossa e Piera Marchini, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 00216/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Francesco Quirino Cavallaro per sé e per Claudio Duchi e Gabriele Pafundi su delega di Raffaella Bordogna;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza (in forma semplificata) appellata, il T.A.R. Lombardia ha respinto il ricorso proposto dalla odierna appellante avverso la nota del Direttore generale della ATS di Bergamo prot. n. 106584 del 18 ottobre 2018, con la quale è stata negata alla suddetta la facoltà di trasferire la farmacia di cui era titolare e di ottenere successivamente l'autorizzazione all'apertura della farmacia assegnatale in esito al concorso straordinario bandito dalla Regione Lombardia con DDUO n. 9986 dell'8 novembre 2012.

Più in dettaglio, l'odierna appellante, che ha partecipato utilmente al predetto concorso straordinario e che, assegnataria della sede farmaceutica n. 2 del Comune di Calcinate, ha dichiarato di accettarla (ai sensi dell'art. 11, lett. b) del bando, a mente del quale “entro quindici giorni dall'assegnazione il vincitore del concorso deve dichiarare se accetta o meno la sede assegnata”, e della successiva lett. b), secondo cui “l'inutile decorso del termine concesso per la dichiarazione equivale ad una non accettazione”), fa valere la pretesa – frustrata dall'Amministrazione con il provvedimento di diniego impugnato – di disporre della sede rurale di cui era *ab origine* titolare nel Comune di Borgo

di Terzo, mediante cessione a terzi, opponendosi a quella contraria dell'Amministrazione di considerare la suddetta sede farmaceutica, a seguito della assegnazione/accettazione da parte sua della sede oggetto di concorso straordinario, come indisponibile perché destinata ad essere assegnata ai concorrenti graduatisi in posizione successiva.

Si è costituita nel giudizio di appello, per resistere ad esso ed eccepirne anche l'inammissibilità (risultando impugnato un atto avente natura meramente interpretativa e come tale privo di effetti lesivi per la parte appellante), l'Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo.

Tanto premesso, l'appello è infondato: ciò che consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità dello stesso, formulata dall'Azienda appellata. Incontestato il principio della incompatibilità tra aspirazione alla assegnazione di una delle sedi oggetto di concorso straordinario e cessione della sede già in titolarità – scolpito dalla previsione del bando di concorso (punto 2.6) secondo cui costituiva requisito di partecipazione quello di “non aver ceduto la propria farmacia negli ultimi 10 anni” alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda, in relazione al quale la nota 4 prevedeva che “tale condizione permane fino al momento dell'assegnazione della sede” – la questione interpretativa sollevata dalla controversia gravita intorno al regime applicabile nel periodo intermedio tra l'assegnazione/accettazione della sede oggetto di concorso straordinario e l'autorizzazione all'apertura della stessa: sostenendo in proposito la parte appellante, a fronte della contraria tesi dell'Amministrazione, che, in tale lasso temporale, si riespanderebbe il principio della libera disponibilità della precedente sede farmaceutica (nei casi, concernenti tra l'altro le farmacie rurali, in cui essa non precludeva la partecipazione al concorso straordinario), compreso, agli effetti della partecipazione al concorso, nel periodo precedente.

Il perno della interpretazione “liberale” patrocinata dalla parte appellante viene individuato nel disposto della richiamata nota del bando, quella

assumendo che questa, per il suo univoco tenore testuale, non lasci spazio ad interpretazioni alternative, di carattere teleologico o sistematico.

Ebbene, ritiene la Sezione che l'approccio interpretativo della parte appellante potrebbe essere condiviso laddove non fosse individuabile, anche sulla scorta di altre disposizioni (di legge o dello stesso bando del concorso straordinario), una disciplina atta a regolare il profilo *de quo* relativamente alla fase temporale successiva (all'assegnazione/accettazione, da parte di chi sia già titolare di un esercizio farmaceutico, della sede oggetto di concorso straordinario).

Nella specie, tuttavia, sussistono congrui elementi giustificativi della opposta soluzione.

Dispone il punto 11 del bando che, durante il periodo di validità della graduatoria, le sedi non accettate nel termine di quindici giorni, quelle non aperte entro sei mesi dalla data di accettazione "nonché quelle resesi vacanti a seguito delle scelte effettuate dai vincitori" siano assegnate scorrendo la graduatoria medesima (in ciò ricalcando il disposto dell'art. 11, comma 6, d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012).

Nella nota 13 del predetto art. 11 è poi precisato che, per sedi resesi vacanti a seguito delle scelte effettuate dai vincitori, "si intendono quelle che si rendono vacanti a seguito di accettazione/apertura di una delle sedi previste dal bando di concorso straordinario, vinta da un farmacista già titolare di una farmacia rurale sussidiata o soprannumeraria".

La clausola di cui al punto 11 del bando, letta unitamente alla relativa nota esplicatrice, rende evidente che le sedi già nella titolarità dei partecipanti al concorso straordinario, una volta che questi abbiano acquisito la titolarità di una delle sedi oggetto del medesimo concorso straordinario (per effetto della assegnazione/accettazione della stessa), sono sottratte alla loro disponibilità (in virtù del principio generale che preclude la titolarità contestuale di un duplice esercizio farmaceutico), essendo destinate ad ampliare il bacino delle sedi suscettibili di assegnazione sulla scorta della graduatoria concorsuale (*recte*, del suo scorrimento).

Il riferimento contenuto nella nota 4 al punto 2.6 del bando di concorso, quindi, alla “assegnazione” della sede oggetto di concorso straordinario, quale (apparente) *dies ad quem* del regime di incedibilità dell’esercizio farmaceutico (a pena di esclusione dal concorso straordinario), lungi dall’essere interpretabile quale ponte di transizione al diverso regime di piena disponibilità, invocato dalla parte appellante, costituisce il punto di saldatura con la regola di indisponibilità collegata alla (essa, sì, diversa, rispetto a quella ispiratrice del precedente regime di incedibilità, a pena di esclusione dal concorso) *ratio* della destinazione delle sedi “resesi vacanti a seguito delle scelte effettuate dai vincitori” ai concorrenti beneficiari dello scorrimento della graduatoria di concorso.

In tale contesto interpretativo, la tesi della parte appellante, secondo cui la conciliazione tra le (a suo dire divergenti) disposizioni di cui alla nota 4 ed alla nota 13 del bando di concorso sarebbe assicurata solo ove la seconda venisse interpretata nel senso dell’inserimento nel concorso straordinario delle sedi farmaceutiche che si siano rese vacanti perché oggetto di rinuncia da parte del precedente titolare, che non abbia provveduto a trasferirle nel lasso temporale asseritamente indicato nella nota 4, per scelta o per impossibilità, non può essere condivisa: essa infatti trascura di attribuire il coerente peso interpretativo al contenuto della nota 13 che, laddove fa riferimento alle sedi che “si rendono vacanti a seguito di accettazione/apertura di una delle sedi previste dal bando di concorso straordinario...”, correla causalmente la vacanza della sede, quale presupposto per la sua assegnazione in virtù dello scorrimento della graduatoria, alla “accettazione/apertura” della sede oggetto di concorso straordinario (e non alla ipotetica rinuncia alla sede di precedente titolarità).

Deve solo precisarsi che tale criterio interpretativo è conforme al disposto di cui all’art. 112, comma 3, R.D. n. 1265 del 27 luglio 1934, ai sensi del quale “chi sia già autorizzato all’esercizio di una farmacia può concorrere all’esercizio di un’altra; ma decade di diritto dalla prima autorizzazione,

quando, ottenuta la seconda, non vi rinunci con dichiarazione notificata al prefetto entro dieci giorni dalla partecipazione del risultato del concorso”, aggiungendo al comma successivo che “nel caso di rinuncia l’autorizzazione è data ai concorrenti successivi in ordine di graduatoria e, in mancanza, è bandito un nuovo concorso”.

La norma fissa infatti, quale fattispecie generatrice della decadenza della precedente autorizzazione (e della sua conseguente devoluzione ai concorrenti successivi), il consolidamento in capo al concorrente della posizione di assegnatario (per effetto della sua mancata rinuncia, anche per fatto concludente, alla assegnazione della sede oggetto di concorso).

Né varrebbe sostenere in senso contrario, come fa la parte appellante, che il citato art. 112 R.D. n. 1265/1934, nel disporre che la decadenza della precedente autorizzazione si verifica “ottenuta la seconda”, legherebbe la decadenza dalla prima autorizzazione, cioè dalla titolarità della prima farmacia, al conseguimento della seconda autorizzazione, e non, come ritenuto dal giudice di primo grado, alla assegnazione di una seconda sede farmaceutica.

Deve infatti osservarsi che, nelle more dell’autorizzazione/apertura della farmacia assegnata all’esito del concorso straordinario, si realizza un effetto di indisponibilità del precedente esercizio farmaceutico, destinato a mettere capo alla decadenza della corrispondente autorizzazione per effetto della acquisizione della nuova: sì che gli eventi che dovessero verificarsi nelle more tra l’assegnazione/accettazione ed autorizzazione/apertura della nuova sede, tali da determinare l’impossibilità di apertura di quest’ultima, rileverebbero come fattispecie risolutiva della assegnazione della sede oggetto di concorso straordinario (coerentemente con il disposto di cui all’art. 11 lett. d) del bando, a mente del quale le sedi non aperte entro sei mesi dalla accettazione sono assegnate secondo la graduatoria ai concorrenti successivi) e, nel contempo, riespansiva del pieno potere dispositivo del titolare della precedente autorizzazione.

Del resto, lo stesso art. 112, comma 3, R.D. n. 1265/1934, sebbene faccia discendere l'effetto decadenziale della pregressa autorizzazione dal conseguimento della seconda ("ottenuta la seconda"), fa risalire la fattispecie impeditiva della decadenza alla precedente fase dell'assegnazione ("quando... non vi rinunzi con dichiarazione notificata al prefetto entro dieci giorni dalla partecipazione del risultato del concorso"): così confermando che il "congelamento" della precedente sede farmaceutica, strumentale alla sua riassegnazione ai concorrenti collocatisi in posizione meno favorevole nella graduatoria concorsuale, si verifica fin dalla assegnazione/accettazione, mentre da' luogo alla definitiva dismissione della stessa da parte del suo titolare una volta perfezionatosi il procedimento di rilascio della nuova autorizzazione.

Per finire, deve solo rilevarsi, sul piano strettamente logico, che non avrebbe senso consentire la partecipazione al concorso straordinario solo al farmacista rurale che non abbia disposto della farmacia nei dieci anni antecedenti al medesimo concorso, per poi legittimare la cessione dopo la sua conclusione (per effetto della formazione della graduatoria e l'assegnazione/accettazione della sede da parte del farmacista utilmente graduato) e nelle more del procedimento di autorizzazione/apertura: ed invero, se il legislatore (e, nel solco delle sue prescrizioni, l'Ente redattore del bando di concorso) ha ritenuto di precludere il conseguimento del "doppio vantaggio" (la "capitalizzazione della rendita" connessa alla titolarità della farmacia, secondo la chiara terminologia della sentenza appellata, ed il conseguimento di un nuovo esercizio farmaceutico a seguito dell'utile partecipazione al concorso straordinario), è evidente che siffatta ineludibile finalità permane anche nella fase temporale che segue alla conclusione del concorso e prelude alla apertura delle farmacie oggetto di assegnazione sulla base della relativa graduatoria.

L'appello in conclusione, come anticipato, deve essere respinto, mentre l'originalità dell'oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello.

Spese del giudizio di appello compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO